

محدوده‌های شناسایی حقوقی مثبت بیناجنسیتی‌ها

(مقاله علمی - پژوهشی)

مهناز بیات کمیته‌ی *

کوثر انجلاس **

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۹/۰۶

چکیده

بدن آدمی نقشی غیرقابل انکار در تکوین شخصیت وی ایفا می‌کند. امروزه، با اتکا به تلاش‌های علمی صورت‌گرفته، می‌توان با طیف‌واره قلمداد کردن جنس، و به تبع آن جنسیت، شاهد جنس و جنسیت بینابین بود؛ وضعیتی که مدت‌ها «اختلال» انگاشته می‌شد و امروزه صرفاً تجربه‌ای «متفاوت» از دو کهن‌الگوی جنسی زنانه و مردانه قلمداد می‌شود. بدین ترتیب و هم‌راستا با تلاش‌های علمی صورت‌گرفته، فرایند شناسایی حقوقی بیناجنسیتی‌ها به مثابه افرادی ذی‌شعور، کرامت‌مند و خودآئین آغاز گردیده است؛ فرایندی که همچنان مراحل آغازین خود را در بسیاری از کشورها طی نموده است.

شناسایی حقوقی، کنشی است که طی زمان و متأثر از پویایی دو مفهوم «جنس» و «جنسیت»، یک سر خود را به فاعل شناسایی و سوی دیگر را به موضوع شناسایی حقوقی یعنی بیناجنسیتی‌ها گره می‌زند. حاصل این کنش ارتباطی دو الگو از شناسایی حقوقی است که در سویه منفی، از رهگذار انحصار جنس و جنسیت در دوگانه زن-مرد و تحمیل اعمال جراحی غیرضروری بر فرد بیناجنسیت، وی را به یکی از این دوگانه ملحق می‌سازد. اما در شناسایی حقوقی مثبت، با معرفی عناصر مؤلفی چون حق بر تعیین سرنوشت، حق بر تمامیت جسمانی و حق بر داشتن آلت جنسی دست‌ناخورده، الگویی حق‌بنیاد از شناسایی حقوقی بیناجنسیتی‌ها بر ساخته می‌شود؛ الگویی که ضرورت درمان و رضایت آگاهانه فرد بیناجنسیت محدوده‌های آن قلمداد می‌شوند. محدود نمودن این نوع از شناسایی حقوقی به این دو مؤلفه، بدان وجهت تضمین‌گری بخشیده و بر قامت ایده اصلی شناسایی حقوقی مثبت که همانا «برابری» انسان بیناجنسیت با انسان زنانه و مردانه است، لباس واقعیت می‌پوشاند.

کلیدواژگان:

شناسایی حقوقی مثبت، بیناجنسیتی، ضرورت درمان، رضایت آگاهانه.

* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

m_bayat@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

k.enjelasi@gmail.com

مقدمه

تفاوت در ویژگی‌های جنسی، هورمونی و آناتومی اندام‌ها و ارگان‌های جنسی، سرآغاز گفت‌وگوها دربارهٔ اینترسکشوالیسم^۱ است؛ افرادی بیناجنسیت که «طیف‌بودگی» آنان گاه خبر از هویت جنسیتی بینابین را نیز در برخی نقاط از این طیف متنوع می‌دهد. شناسایی حقوقی بیناجنسیتی‌ها اشاره به چالش بزرگی است که کشورهای متعددی آن را فراروی خود دیده و تلاش‌های مدافعان حقوق بشر و سازمان‌های بین‌المللی در سال‌های اخیر را به غایت مطالبه‌گر است. واقعیت تلخ شکل‌دهی جنسی^۲ و گاه جنسیتی به دنبال آن و تحمیل اعمال جراحی بر کودکان بیناجنسیت برای الحاق آنان به یکی از دو الگوی جنسی زنانه یا مردانه، دغدغه‌ای حائز اهمیت است که نقطهٔ آغاز بحث از شناسایی حقوقی بیناجنسیتی‌ها را شکل می‌دهد؛ دغدغه‌ای که همواره عواقب شومی چون عقیم‌سازی و اختلال در رشد هویت جنسیتی را به دنبال دارد.

بر همین اساس، در سال ۲۰۱۴، اتحادیهٔ اروپا بیانیه‌ای منتشر کرده است و در آن، با اشاره به اینکه افراد بیناجنسیت و مخصوصاً کودکان تحت اعمال جراحی‌ای قرار می‌گیرند که ضرورت پزشکی ندارد و ممکن است با محروم‌سازی آنان از ابقا در وضع طبیعی خود زمینه‌ساز بروز اختلال در برخورداری و بهره‌مندی از کارکردهای جنسی مخصوص به خویش شوند، اذعان کرده که این امر، مصداق بازار نقض حقوق بشر است. این در حالی است که افراد یادشده نظر به برخورداری از دو حق اساسی و طبیعی هر فرد انسانی، یعنی حق بر داشتن یکپارچگی بدنی و همین‌طور تعیین سرنوشت، می‌توانند دربارهٔ شکل اندام جنسی و نیز کارکردهای ویژه جنسی و ایفاگری نقش جنسیتی خود تصمیم بگیرند^۳ و بدین ترتیب حق بر آلت جنسی دست‌نخورده که به تبع این دو نتیجه گرفته می‌شود، از جمله حقوق طبیعی آنها است؛ همان‌طور که دو سر این طیف یعنی زنان و مردان نیز از آن برخوردارند.

1. Intersexualism

2. surgically shaping

3. See: European Union Agency for Fundamental Rights, 2015, "The fundamental rights situation of intersex people", available at:

<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people>.

Accessed February 14, 2019.

«اختلال‌انگاری» وضعیت افراد بیناجنسیتی در عصری که تلاش‌های پزشکی نوین، معرف‌گذار وضعیت ایترسکشوالیسم از «اختلال» به سمت «تفاوت» است، مه‌دد انسانی است که در رویکرد انسان‌شناسانه کانتی (رویکرد مختار در این پژوهش) ذی‌شعور بوده و قادر به اتخاذ تصمیمات خودآئین است. ضرورت طرح و تبیین چنین بحثی پس از تلاش‌های بین‌المللی فراوان مدافعان حقوق بشر تبدیل به دغدغه دولت‌ها در چگونگی مواجهه با شمار افراد بیناجنسیت خود شده است؛ افرادی که موضوع تحمیل عمل جراحی الحاق به یکی از دوگانه مذکور قرار گرفته‌اند. این‌گونه از شناسایی که رهاوردی جز سلب حق فرد بیناجنسیت بر تعیین الگوی زیست جنسی و جنسیتی ندارد، خطرات جبران‌ناپذیر جسمی، جنسی و روانی را نیز برای او به دنبال خواهد داشت. بدین ترتیب اصطیاد و پیشنهاد ارکان و عناصر مؤلف در شناسایی حقوقی مثبت بیناجنسیتی‌ها می‌تواند طرحی نو پیش پای اولیای تقنین دراندازد تا به مدد کارشناسان سایر رشته‌ها، به مثابه عقول منفصل خود، وضعیت حقوقی بیناجنسیتی‌ها را حیاتی قانونی و این‌بار حق‌بنیاد ببخشد.

در چارچوب مسئله پیش‌رو در تحقیق حاضر، پرسش اصلی از محدوده‌های الگوی شناسایی حقوقی مثبت بیناجنسیتی‌هاست؛ محدوده‌هایی که با پابندی به آنها ساحت جسم و روان افراد بیناجنسیتی مصون از هرگونه تعرض ناروا خواهد بود و به دنبال آن هدف مطلوب که همانا تضمین کاربست مؤلفه‌های حق‌بنیاد شناسایی حقوقی مثبت است، محقق خواهد شد و فرد بیناجنسیت در موضعی برابر با زنان و مردان قرار خواهند گرفت. بدین ترتیب و برای پاسخ به این پرسش، روش برگزیده، به نحوی هم‌خوان با موضوع و منابع موجود در این باره، الگوی «توصیفی-تحلیلی» است که به مدد روش «کتابخانه‌ای» در جست‌وجوی منابع، نگارندگان را برای ورود به عرصه مطالعات «میان‌رشته‌ای» تجهیز کرد.

برای پاسخ به پرسش اصلی مذکور در قالب ساختاری نظام‌مند و معطوف به هدف این نوشتار، ابتدا به کیستی بیناجنسیتی‌ها می‌پردازیم و به هر دو ساحت جسمی و هویتی آنان اشاره خواهیم کرد. در گام دوم با تبیین مفهوم شناسایی حقوقی، دوالگوی مثبت و منفی را از نظر تحلیل می‌گذرانیم تا در نهایت و پس از مواجهه با ضرورت ورود به بحث از محدودیت‌های شناسایی حقوقی مثبت، ابعاد این مسئله را که مورد توجه محاکم داخلی در عرصه بین‌الملل بوده است، واکاوی کنیم و به پرسش اصلی مطروحه پاسخ دهیم.

در این پژوهش و از رهگذار تلاش نظری و تحلیلی در نهایت واژه «بیناجنسیتی» به عنوان معادل intersex پیش نهاده می‌شود تا چتری باشد که گستره بضاعت زبانی خود را بر سر همه افراد این گروه بگستراند: هم افرادی که تنها از حیث شکل اندام جنسی در وضعیتی بینابین هستند و صرفاً میان‌جنسی‌اند و هم افرادی که در این طیف علاوه بر شکل بینابین اندام جنسی خود، از حیث هویت جنسیتی نیز هویتی بینابین برای خود تعریف می‌کنند. از آنجایی که یکی از عناصر مؤلف جنسیت، جنس و آناتومی انسان است، بدین ترتیب انتخاب چنین معادلی نسبت به گزینه نزدیک، اما رهن دیگر، یعنی «بیناجنسی» رجحان دارد.

۱. بیناجنسیتی‌ها؛ صاحبان جنس و جنسیت بینابین

بدن زیسته، عصاره تجربه بشری است که فرد از طریق این ساحت فیزیولوژیک، خود و جهان را تعریف می‌کند. بدین ترتیب بیولوژی اولین رهنمودها و اطلاعات مورد نیاز درباره جنس (sex) را به ما می‌دهد. اما برای طرح و شکل‌دهی به «وضعیت بیناجنسیتی»، ناگزیریم که به ساحت دیگر؛ جنسیت (gender)، به مثابه روی دیگری از این سکه، نور تابانده و در نهایت گام به گام به طرح دغدغه اصلی این مقاله نزدیک شویم:

۱.۱. تولید بیولوژیکی بیناجنسیتی‌ها

اصطلاح بیناجنسیتی برای توصیف شیرخواری که ظاهر اندام تناسلی‌اش مبهم است، به کار می‌رود. «در انسان‌ها چنین درجه‌ای از ابهام در هر یک تولد از ۴۵۰۰ تا ۵۵۰۰ تولد رخ می‌دهد. اگر اشکال کمتر شدید نمو تناسلی نامعمول هم در این محاسبه منظور شوند، این مشکل تا یک تولد در هر ۳۰۰ تولد را متأثر می‌کند»^۱. طبیعت با ارائه گزینه‌ای متفاوت از ساختار جنسی زنانه و مردانه، با شناسایی و معرفی رخدادهای بینابین در رشد و نمو جنسی بدن انسان، به معرفی سیمایی دیگر و البته طبیعی از تکامل جنسی می‌پردازد. ناهنجاری‌های کروموزومی جنسی^۲ و هیپرپلازی مادرزادی آدرنال^۳ به عنوان دو علت عمده و قابل توجه در ایجاد اینترسکشوالیسم

1. Nordenvall, Anna Skarin, Louise Frisé, Anna Nordenström, Paul Lichtenstein, and Agneta Nordenskjöld, 2014, "Population based nationwide study of hypospadias in Sweden, 1973 to 2009: incidence and risk factors", *The Journal of urology* 191, No. 3: pp. 783-789.

2. Sex Chromosome Anomalies

3. Congenital Adrenal Hyperplasia (CAH)

معرفی شده‌اند.^۱

سرنام DSD^۲ به معنی «اختلال‌ها (یا دگرسانی‌های) نمو جنسی»، به عنوان وضعیتی مادرزادی تعریف می‌شود که در آن جنس کروموزومی، گنادی یا فنوتیپیک (بدنی) نامعمول است. واژه دگرسانی یا تفاوت (difference) به عنوان جایگزین پیشنهادی، نه تنها واژه‌ای خنثی نیست، بلکه با حفظ سرنام DSD، می‌تواند به گونه‌ای مناسب به کار رود. برخی از افراد دارای اندام تناسلی نامعمول از کاربرد «گوناگونی» جانب‌داری می‌کنند تا از این رهگذار یک طیف نمو جنسی که ناهنجار نیست را معرفی کنند.^۳

۱.۲. هویت جنسیتی بینابین در آینه اندیشه روان‌پزشکان و متخصصان علوم اعصاب
«هویت جنسیتی احساس فردی و تجارب ذهنی اشخاص از جنسیت خود است».^۴ بدین ترتیب، هنگامی که احساس و درک فرد از خود به نحوی آشکار با نقش‌های جنسیتی تجویز شده از طرف جامعه منطبق نباشد، با تنوعی از هویت‌های جنسیتی مواجه خواهیم بود که در اغلب فرهنگ‌ها مستند شده، گاه در برخی از آنها نیز با «تنوع فرهنگی» در هم می‌آمیزد و باعث می‌شود تا افراد به اشکال متفاوتی از سوی جامعه خود مورد شناسایی قرار گیرند. برای مثال، در برخی از فرهنگ‌ها، مثل هجراها^۵ در هندوستان، افرادی که خود را نه مرد و نه زن می‌دانند و گاه جنس سوم خوانده می‌شوند، پذیرفته شده‌اند.^۶

این در حالی است که از منظر روان‌پزشکی، مواجهه با ملال جنسیتی،^۷ حتما باید از رهگذار تلاش برای تطبیق جنسیت و جنس با استفاده از اعمال جراحی و هورمون‌درمانی، صورت گیرد. ملال جنسیتی عبارت است از «پریشانی یا ناراحتی ناشی از ناسازگاری بین هویت جنسیتی فرد،

1. Hughes, Ieuan A., Chris Houk, S. Faisal Ahmed, Peter A. Lee, and Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society, 2006, "Consensus statement on management of intersex disorders", *Journal of pediatric urology* 2, No. 3: pp. 148-162.

2. disorders (or differences) of sex development

3. See: New MI, Tong YK, Yuen T, Jiang P, Pina C, Chan KA, Khattab A, Liao GJ, Yau M, Kim SM, Chiu RW. Noninvasive prenatal diagnosis of congenital adrenal hyperplasia using cell-free fetal DNA in maternal plasma. *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*. 2014 Jun 1;99(6): E1022-30.

4. Scherpe JM, Dutta A, Helms T, editors. The legal status of intersex persons. *Intersentia*; 2018. p 65.

5. Hijras.

۶. برای ملاحظه توضیحات و جزئیات مبسوط در باب این مثال، نک:

National Legal Services Authority v. Union of India, 5 S.C.C. 438 (2014).

7. gender dysphoria

جنس بدو تولد و خصوصیات اولیه و ثانویه جنسی و همچنین تأثیر این ناهمخوانی بر نقش جنسیتی^۱، هنگامی که این شرایط، ویژگی‌های مندرج در DSM-5^۲ را داشته باشد، به شکل رسمی به آن ملال جنسیتی اطلاق شده و عدم توجه و رسیدگی بدان با آسیب به سلامت روان و اُفت کیفیت زندگی همراه خواهد بود.

شناسایی تشخیصی ملال جنسیتی در ویرایش پنجم از DSM، اینترسکشوالیسم را نوعی از وضعیت ملال جنسیتی و با نام «اختلالات رشد و نمو جنسی» تعریف می‌کند که در نتیجه این صورت‌بندی، جایگاه بسیار متفاوتی برای افراد بیناجنسیت (نسبت به ویرایش چهارم آن) ترسیم می‌کند. در ویرایش چهارم DSM وضعیت فرد بیناجنسیتی با شاخص‌هایی متفاوت از اختلال هویت جنسیتی تبیین می‌شد.^۳ چنین تغییر بی‌سابقه‌ای در طرح‌ریزی و تنظیم DSM بدان معناست که خصوصیات شکل‌دهنده به شرایط جسمی افراد، ذیل اختلالات روانی رده‌بندی شده است که دو خطر عمده دامن‌دار شدن اینگونه تشخیص‌های اشتباه و همینطور برچسب‌خوردن بر این افراد به عنوان دارندگان اختلالات روانی را به همراه دارد. از همین رو است که هم‌اکنون تذکر نکاتی از این دست از جانب متخصصان منتقد و تقاضا برای تجدیدنظر و اصلاح این مدخل از DSM-5 بسیار است.^۴

از منظر متخصصان علوم اعصاب، هویت جنسیتی به مثابه رخدادی عصبی و شکل ظاهری آلت جنسی به مثابه امری مربوط به رشد، هردو صرفاً ذیل یک دوگانه زن-مرد مورد مطالعه و تفکیک قرار نمی‌گیرند و واقع امر حکایت از وقوع هردوی اینها بر روی یک زنجیره چند بعدی دارد: برای مثال، آلت تناسلی خارجی ممکن است شباهت کافی به مردانه کامل، زنانه و یا حتی یه هیچ کدام از این دو نداشته باشد. این وضعیت ترسیمی درباره اندام تناسلی داخلی نیز صادق

1. See: Frances, Allen, 2013, "DSM5 in distress", Psychology today 23.

2. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders

DSM-5 نسخه پنجم برنامه‌ریزی شده از انجمن روانپزشکی آمریکا (APA) است و در واقع یک راهنمای تشخیصی و آماری اختلالات روانی است. DSM-5 در ماه مه سال ۲۰۱۳ انتشار یافت و جایگزین DSM-IV که آخرین بار در سال ۲۰۰۰ تجدید نظر شده‌است، شد.

3. Davy, Zowie, and Michael Toze, 2018, "What is gender dysphoria? a critical systematic narrative review", *Transgender health* 3, No. 1: pp 159-169.

4. Kraus C. Classifying intersex in DSM-5: Critical reflections on gender dysphoria. Archives of sexual behavior. 2015 Jul 1;44(5): pp 1147-63.

است.^۱ هرآنچه در این باره رخ می‌دهد، درمورد آن دسته از مکانیزم‌های عصبی که در شکل‌گیری هویت جنسیتی نقش‌آفرین‌اند، نیز صادق است؛ یعنی هیچ حتمیتی مبنی بر عملکرد منطبق با کلیشه‌های دوگانه تعریفی در این دسته از مکانیزم‌های عصبی نیز وجود ندارد. بنابراین هویت جنسیتی امری اساساً دوگانه یا تک‌وجهی نیست. «شواهد حاصل از آزمایش‌های صورت‌گرفته بر نمونه‌های حیوانی نشان می‌دهند که پیوندی قابل توجه بین زنانگی - مردانگی نوعی (عادی) با هردو فاکتور بسیار مهم در این میان، یعنی مکانیزم‌های مغزی پاسخگو برای هویت جنسیتی و فرایندهای رشد و نمو جنسی وجود دارد».^۲ بدین‌سان عدم تطابق میان این دو، می‌تواند در مغز، آلت تناسلی و یا هر دو رخ دهد و بدین ترتیب به کمیتی دوگانه منحصر نخواهد بود.

۲. شناسایی حقوقی بیناجنسیتی‌ها

شناسایی در این خوانش، درواقع شناسایی فردی با مشخصه‌های بیولوژیکی و هویت جنسیتی متفاوت است که همانند کهن‌الگوی شناسایی دو جنس مرد و زن، تنها ضرورت پیشگیری از به خطر افتادن حیات و سلامت، تن او را مستحق مداخلات متخصصان حوزه بهداشت و درمان می‌کند و تنها با این دلیل موجه، آلت جنسی او را به مثابه خصوصی‌ترین نقطه تنانه‌اش، در معرض دست‌ورزی پزشکان قرار می‌دهد. بررسیدن این شیوه مواجهه در یک بستر زمانی و مسیر تاریخ‌مند با یک پدیده بیولوژیک که طبیعت عرضه‌گر آن است، نشان می‌دهد که شناسایی بیناجنسیتی‌ها چیزی جز یک مفهوم سیال و جاری در زمان نیست که در هر دوره و با توجه به اندازه و بضاعت یافته‌های منتشره از عالمان عرصه بیولوژی رشد و نمو انسانی، معنایی متفاوت به خود گرفته و در گامی فراتر، بر نوع کنش و واکنش‌های نظام حقوقی در ارتباط با مخاطبان بیناجنسیت خود تأثیری تعیین‌کننده داشته است.^۳

بدین ترتیب، مراد از شناسایی حقوقی بیناجنسیتی‌ها، به رسمیت شناختن حقوقی منزلت برابر افراد در جامعه است که تنها زمانی محقق می‌شود که زمینه‌ای برای «تضمین» احترام به فرد در

1. Hughes, Ieuan A., Chris Houk, S. Faisal Ahmed, Peter A. Lee, and Lawson Wilkins, 2006, "Consensus statement on management of intersex disorders", *Journal of pediatric urology* 2, No. 3: pp 148-162.

2. Scherpe, J. M., Dutta, A., & Helms T., 2018, *Ibid*, pp 47-48.

3. See: *Ibid*, p. 450-451.

مقام سوژه‌ای اخلاقی فراهم آمده باشد. بنابراین شناسایی حقوقی و به طور مشخص، شناسایی حقوقی بیناجنسیتی‌ها را باید در یک «طیف» از مصادیق ملاحظه کرد؛ طیفی که مصادیق آن از یک طرف می‌تواند به طور مثال «درج حق بر شناسایی هویت جنسیتی سوم یا بینابین برای افراد در قانون اساسی یک کشور و یا قوانین مصوب مادون قانون اساسی» و در طرف دیگر «لزوم انجام اعمال جراحی و هورمون‌درمانی برای الحاق به دو جنس زن یا مرد، به مثابه تنها شرط شناسایی حقوقی» باشد. در این صورت، مثال اخیر، مصداق بارز «شناسایی منفی و حداقلی» افراد بیناجنسیت و مثال ابتدایی، مصداق «شناسایی مثبت و حداکثری» است. نکته قابل توجهی که از این دو نمونه مثال فهم می‌شود، آن است که سوی دیگر «شناسایی حقوقی»، نوعی «انکار حقوقی» است که مرز میان شناسایی و انکار نیز در قالب یک طیف قابل مشاهده است که به مدد نمونه‌هایی که در ادامه خواهد آمد، عملکرد برخی دولت‌ها در مقام شناسایی مثبت یا منفی و سیاست‌های سکوت یا انکار ملموس‌تر خواهند شد.^۱

۲.۱. شناسایی حقوقی منفی؛ محصور در شناسایی دوگانه

آنچه در اینجا مراد ما از شناسایی حقوقی است، صرفاً شناسایی حقوقی دو جنسیت زنانه و مردانه است که علاوه بر جایی در موضع انکار و سرکوب شناسایی جنسیت سوم، تنها این امکان را برای افراد تراجنسی و بیناجنسیت مهیا می‌کند که هویت جنسیتی خود را صرفاً ذیل این دوگانه تعریف کرده و شناسایی حقوقی آن را خواستار شوند. در کشورهای نظیر قبرس، بلغارستان، لتونی، لیتوانی و لیختن اشتاین هیچ قانونی مبنی بر شناسایی جنسیت بینابین وجود ندارد. بنابراین گریزی جز تکیه بر تفسیر قضایی و تصمیم‌گیری‌های موردی باقی نمی‌ماند، کما اینکه در این کشورهای پنج‌گانه شناسایی حقوقی موردی نیز محتمل است. «برای مثال در کشور بلغارستان، به استحقاق افراد برای شناسایی حقوقی جنسیت‌های دوگانه، به صورت پراکنده در متن قوانین مختلف اشاره شده است، اما هیچ‌کدام به صراحت شناسایی حق افراد بر تغییر جنسیت نیستند. این وضعیت مشابه، در قبرس نیز برقرار است؛ جایی که هیچ قانونی به شناسایی جنسیت

۱. برای مطالعه درباره حقوق اقلیت‌ها و بازنمایی حقوق آنان در قالب شناسایی حقوقی، نک: صالحی، هادی، «تبارشناسی حقوقی اقلیت‌ها»، رساله دکتری حقوق عمومی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷.

اختصاص پیدا نکرده، ماده ۴۰ قانون ثبت این کشور امکانی حداقلی برای اصلاح جزئیات مربوط به اطلاعات تولد افراد را در پرونده جمعیت پیش‌بینی می‌کند.^۱

۲.۲. شناسایی حقوقی مثبت؛ فراتر از دوگانه

میان نظام‌های حقوقی که تاکنون به شناسایی جنسیت سوم مبادرت ورزیده‌اند، تنها سه کشور جمهوری مالت، آلمان و اتریش فراتر از شناسایی دوگانه گام نهاده و جنس و جنسیت سوم را نیز مورد شناسایی قرار داده‌اند: قانون هویت جنسیتی، ابراز جنسیت و خصوصیات جنسی مالی مصوب سال ۲۰۱۵^۲ به عنوان یکی از قابل توجه‌ترین مصوبات موجود در این موضوع قابل تأمل است. قانون مزبور دو موضوع کلی «شناسایی هویت جنسیتی» و «صیانت از یکپارچگی و تمامیت جسمانی» افراد را مورد توجه ویژه خود قرار داده است و همچنین، حق بر هویت جنسیتی را به نحوی منعطف و بدون قید زدن بر شرط یا سنجه خاصی برای همه افراد انسانی به رسمیت می‌شناسد. قانون‌گذار نیز در ادامه و در بند دوم از ماده ۱۴، صلاحیت والدین یا سرپرستان کودک بر اعلام رضایت از جانب کودک را مبتنی بر: (۱) وجود «ضرورت» انجام مداخلات صرفاً «درمانی» نسبت به کودکان بیناجنسیست در شرایط استثنائی؛ و (۲) در خطر بودن سلامت و حیات وی در نتیجه عدم انجام این دسته از مداخلات می‌داند.^۳

رای ۸ نوامبر سال ۲۰۱۷ دادگاه قانون اساسی آلمان درخصوص پذیرش جنس سوم در اسناد تولد نیز ثمره دیگری است از نهال تازه بالیده شناسایی حقوقی مثبت که به موجب آن، دادگاه مذکور مواد مرتبط قانون وضعیت مدنی^۴ این کشور را به علت نقض حیثیت انسانی و اصل برابری، مغایر با قانون بنیادین^۵ اعلام و پارلمان را به تصویب قوانین جدید و تعیین گزینه‌ای برای ثبت جنسیت به صورت ایجابی، یعنی پذیرش جنس سوم ملزم نمود. طبق قانون وضعیت مدنی این کشور، ثبت جنسیت کودک در اسناد تولد وی الزامی است و پیش از اجرای این حکم، برای ثبت جنسیت، گزینه‌های زن، مرد یا عدم ثبت جنسیت، گزینه‌های پیش‌رو برای اداره ثبت بود.

1. van Den Brink M, Dunne P. Trans and Intersex Equality Rights in Europe-a Comparative Analysis. Universiteit van Utrecht; 2018. pp.56, 57.

2. Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015.

3. Ibid. Article 2, 3, 14(1)(2). Available at: <https://tgeu.org/gender-identity-gender-expression-sex-characteristics-act-malta-2015/>. Accessed March 18, 2019.

4. Civil Status Law

5. Basic law

بنابراین، افرادی که وضعیت متفاوتی با زن یا مرد داشتند، تنها می‌توانستند گزینه «عدم ثبت» را انتخاب کنند.^۱

اتریش نیز کشور دیگری است که کوشش‌های برابری خواهانه‌اش درباره شناسایی حقوقی به ثمر نشسته است. در جون ۲۰۱۸، دادگاه قانون اساسی این کشور الزام مقامات دولتی به ایجاد دسترسی به گزینه‌ای غیر از زن و مرد را در شناسایی جنسیت خواستار شد.^۲ کشوری که الزامی بر اساس قانون اساسی به ثبت جنسیت ندارد، احترام به هویت جنسیتی افرادی را که یافته‌های علمی بر خلقت طبیعی آنان صحنه می‌گذارد، مقصدی دانسته است تا با مرکب شناسایی حقوقی طی این طریق را برای آنان آسان کند.

۳. محدوده‌های شناسایی حقوقی مثبت بیناجنسیتی‌ها

ورود به عصر شناسایی حقوقی مثبت بیناجنسیتی‌ها که به موجب آن بتوان استحقاقات این گروه از افراد انسانی را به موجب شناسایی قانونی صبغه‌ای تضمین شده بخشید، نیازمند تدقیق منظور است؛ بزنگاه موجه طرح این بحث، تقویت و تکمیل ایده منع هرگونه مداخله، به مثابه اقتضای شناسایی مثبت است که نگارندگان را به سمتی رهنمون می‌شود که تنها هنگامی که: (۱) «رضایت آگاهانه فرد بیناجنسیت موجود باشد؛ و (۲) «ضرورت درمان» ایجاب نماید، می‌توان برای منع هرگونه مداخله، به مثابه ایده اصلی الگوی مختاراز شناسایی مثبت بیناجنسیتی‌ها، محدوده و استثنا قائل شد.

به این مناسبت، رضایت آگاهانه و ضرورت درمان، ایفاگر نقشی خواهند بود که نیل به قلمرو اعمال شناسایی حق بنیاد را تسهیل خواهند کرد.

1. Civil Status Act of Germany. Available at: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/10/rs201710_10_1bvr201916en.html. Accessed April 26, 2019. Article 21(1) and 22(3),
2. Constitutional Court of Austria (15 June 2018). Available at: https://www.refworld.org/publisher,AUT_FCCA,CASELAW,,,0.html. Accessed February 10, 2019.

۳.۱. رضایت آگاهانه؛ مبنای موجه‌ساز مداخلات پزشکی در وضعیت جنسی بینابین

تصریح دادگاه اداری تجدیدنظر استکهلم در رأی خود بر ضرورت احراز عنصر «رضایت آگاهانه» در اعمال تجویزی بر بیناجنسی‌ها که احتمال عقیم‌شدگی آنان را نیز به همراه دارد^۱ یا مشروط نمودن صلاحیت تصمیمات والدینی درباره ادامه مسیر زندگی فرزند بیناجنسیست آنان به این نکته رهنمون می‌شود که خود فرد بینابین باید حداقل ۱۶ سال داشته باشد تا علاوه بر توان درک فرایند عمل جراحی و عواقب آن، بر اعلام رضایت آگاهانه توانا باشد (در کشورهایی نظیر ایرلند، پرتغال و بلژیک)^۲.

۳.۱.۱. مفهوم و عناصر رضایت آگاهانه

در اخلاق زیست‌پزشکی^۳ زبان رضایت اغلب به عنوان رضایت آگاهانه شناخته می‌شود. در حقوق نیز این مفهوم با تأکید جدی بر اهمیت فراوان افشا و بازگویی اطلاعات برای بیماران و افرادی که موضوع مطالعات و آزمایش‌ها هستند و همین‌طور صلاحیت افراد برای اعلام رضایت همراه است. «رضایت در این کاربست، اعطای خودآئین اجازه یک مداخله پزشکی از سوی بیمار است و به وی این حق را می‌دهد که درباره خدمات درمانی که به وی ارائه می‌شود تصمیم بگیرد و همه اطلاعات موجودی که به این تصمیم مربوط می‌شود باید در اختیار او قرار بگیرد»^۴. لزوم کسب رضایت بیمار کاملاً رهاورد حقوق مدرن نیست. از نظر تاریخی، می‌توان رد پای الزام پزشکان به آگاه‌ساختن بیماران را در قانون انگلیسی قرن ۱۸ دید. «پرونده اسلاتر علیه بیکر و استپلتون، در سال ۱۷۶۷ به خوبی نشان می‌دهد که کسب رضایت از بیماران، بین جامعه جراحان آن زمان یک عرف قابل توجه بوده است»^۵.

کمبود تعداد پرونده‌هایی از این دست در آغاز قرن بیستم که بر محور موضوع رضایت بیمار طرح شده باشد، سوالات مهمی را درباره صلاحیت قانونی پزشکان برای ارائه خدمات پزشکی در هر نوع و سطح از درمان و مداخله بدون رضایت بیمار به وجود آورد. با این حال، حتی هنگامی که

1. See: Stockholm Court of Administrative Appeal, *Socialstyrelsen v NN* Mal nr 1968-12 (19 December 2012).

2. Van den Brink, Marjolein, and Peter Dunne, 2018, "Trans and intersex equality rights in Europe (comparative analysis)", Luxembourg: Publications Office of the European Union, p.66.

3. Bio-ethics

4. Miller, Franklin, and Alan Wertheimer, eds, 2010, "The ethics of consent: theory and practice", Oxford University Press, p. 5.

5. Slater v., Baker & Stapleton, 1767 Eng Rep 95 860 (1767).

رفته‌رفته بر شمار چنین پرونده‌هایی افزوده شد، تمایل و رویکرد دادگاه‌ها تنها بر به رسمیت شناختن لزوم ابراز رضایت بیماران در موارد و شرایط خاص و استثنایی بود. قرن بیستم، قرن مواجههٔ بیش از پیش با چنین پرونده‌هایی بود؛ پرونده‌هایی که روزه‌روز موضوع رضایت بیمار و آگاهی او را از آنچه بناست بر تن وی ذیل عنوان درمان نقش ببندد، پررنگ‌تر از قبل نشان می‌داد. به مرور زمان، خودآئینی بیماران به عنوان افراد انسانی چنان اهمیتی در نظر مراجع رسیدگی قضایی پیدا کرد که دیگر موضوع رضایت و متصف شدن آن به وصف آگاهانه تنها یک سؤال شایستهٔ پاسخ نبود، بلکه تبدیل به چالشی شد که لزوم حل آن بیش از پیش احساس می‌شد. در نتیجه، مجموعه‌ای کامل‌تر از کدهای اخلاق پزشکی این بار با دربرداشتن ملاحظاتی ذیل الزام پزشکان به کسب رضایت از بیماران از نظر تصویب گذشت تا ردایی وزین‌تر و از جنس «الزام قانونی» بر تن این گزارهٔ ساده کند؛ الزامی که نه تنها پزشکان به موجب آن موظف به کسب رضایت از بیماران خود پیش از آغاز فرآیند درمان هستند، بلکه می‌بایست وی را از مراحل و نحوهٔ انجام عملیات درمانی و آنچه که «لازم است» آگاه کنند.^۱

تأکید دادگاه کاردوزو^۲ نیز به مناسبت پروندهٔ اشلوئندورف علیه بیمارستان نیویورک سال ۱۹۱۴ بر آن بود که هر فرد بالغ برخوردار از سلامت روان حق دارد که از آنچه بناست بر روی بدن وی انجام شود، رضایت داشته باشد و با آگاهی از آنچه قرار است در این مسیر رخ دهد، به نحو داوطلبانه در فرایند درمان شرکت کند.^۳

یک وجه از رضایت آگاهانه به انتخاب خودآئین فرد بازمی‌گردد، وجه دیگر آن اشاره به رضایت آگاهانه به مثابهٔ یک اجازهٔ مؤثر قانونی یا نهادی دارد که به موجب آن، نهادها، قوانین یا محاکم ممکن است بر پزشکان و مراکز درمانی الزامی مبنی بر افشای خطرات مداخلات پیشنهادی بار کنند و امضایی بر روی یک فرم که حاکی از رضایت است، دریافت دارند. رضایت در این شرایط واجد شرایط رضایت آگاهانه در وجه اول نیست. پزشکان دریافت‌کننده رضایت که

۱. برای ملاحظهٔ توضیحات مفصل در این باره، نک:

Appelbaum, Paul S., Charles W., Lidz, and Alan Meisel, 2001, "Informed consent: Legal theory and clinical practice", Oxford University Press, p.43.

2. Cardozo

3. Schloendorff v. Society of New York Hospital, 105 N.E. 92, 211 N.Y. 125, 133 N.Y.S. 1143 (1914).

تحت معیار و ضوابط نهادی هستند، اغلب از مواجهه و حصول استانداردهای دقیق یک مدل خودآئین اصیل از رضایت آگاهانه وامی‌مانند (تفاوت میان رضایت مبتنی بر خودآئینی و رضایت نهادی).

۳.۱.۲. رضایت آگاهانه در شناسایی قانونی بیناجنسیتی‌ها

تلاش‌های توأمان دادگاه‌ها و مجالس قانون‌گذار منجر به ایجاد دو شرط قانونی شده است: الزام پزشکان به کسب رضایت بیماران قبل از شروع درمان (که سابقه‌ای دیرینه دارد)، و شرط جدید و دیگر آنکه پزشکان باید با افشای اطلاعات کافی برای بیماران آنان را به نحوی فعال در فرایند درمان خود و تصمیم‌گیری دربارهٔ تن‌دادن و یا عدم قبول آن مشارکت دهند. ایدهٔ الزام افشای اطلاعات برای مخاطبان اعمال پزشکی سؤالاتی را نیز دربارهٔ استانداردهای آن با خود به همراه داشته است: چه اطلاعاتی و به چه میزان باید به بیماران داده شود؟ پاسخ به این سؤال مورد‌محور است، بدین معنا که تنها در فرایند رسیدگی قضایی به پروندهٔ مطروحه و با توجه به ملاحظات قاضی و گروه مشاوران پزشکی و روان‌پزشکی به عنوان عقول منفصل دستگاه قضا می‌توان میزان اطلاعات لازم و کافی را تعیین کرد. با توجه به آنچه در شرایط مشابه در پرونده‌هایی از این دست گذشته است، شکل ظاهری و شیوهٔ دست‌ورزی یا مداخلات پزشکی، اندام‌های درگیر فرد بیناجنسیتی در فرایند عمل الحاقی، هدفی که پزشک از رهگذر انجام فرایند ترسیمی انتظارش را می‌کشد، خطرات (که خود شامل سه مؤلفهٔ حائز اهمیت به هنگام افشاست: ماهیت خطر یا خطراتی که بیمار را تهدید می‌کند، میزان آن و اینکه چقدر خطر مذکور قریب‌الوقوع است) و مزایای کوتاه‌مدت و بلندمدتی که فرد بیناجنسیت با آن مواجه خواهد شد و در نهایت راه‌های جایگزینی که او می‌تواند پیش‌روی خود متصور باشد، از جمله اطلاعاتی است که ذیل استانداردهای افشای اطلاعات کافی مورد بحث قرار می‌گیرند.^۱ «در این میان برخی بر آن‌اند که تنها در مواردی که احتمال بروز خطر بسیار ناچیز بوده و یا آشکارنمودن این احتمال اندک، موجد اضطرابی بازدارنده برای بیمار باشد، به نحوی که وی را از دریافت درمانی که

۱. برای مشاهدهٔ توضیحات بیشتر در این باره، رک:

Feeley v. Baer, 424 Mass. 875, 679 N.E.2d 180 (1997).

خطرات محتمل‌تر و جدی‌تری را از وی دور خواهد کرد، بازدارد، می‌توان عدم افشا را موجه دانست»^۱.

«صلاحیت» نیز در معنای مختار در این نوشتار، چیزی جز شایستگی و توانایی یک فرد در اعلام رضایت آگاهانه خود برای ورود و به انجام رساندن یک فرایند درمانی نیست که بی‌شک جدای از متخصصان مذکور، باید اولیای تقنین را در شناسایی قانونی فرد صلاحیت‌دار و اولیای قضا را در تشخیص آنکه در پرونده‌های مورد بحث افراد اساساً صلاحیت کافی و لازم پیش‌بینی شده در قانون را دارند یا خیر، در صف مقدم قرار داد.

آنچه این مقاله به مناسبت صحبت از رضایت آگاهانه بر آن پای می‌فشارد، طرح این ادعاست که به این پرسش که اساساً چه کسی صلاحیت تصمیم‌گیری درباره بدن هر فرد را، به هنگامی که خطری جانکاه آن را تهدید نمی‌کند، دارد، تنها یک پاسخ می‌توان داد: فرد زیسته در اقلیم همان تن. از همین روست که ماده ۱۴ قانون هویت جنسیتی و ابراز جنسیت مالتی، از به تعویق انداختن انجام عمل جراحی شکل‌دهی جنسی تا زمانی که اخذ رضایت آگاهانه از کودک ممکن باشد، سخن می‌گوید.^۲ نکته جالب توجه آن است که این ماده از امکان اخذ رضایت آگاهانه از «کودک» خبر می‌دهد و این می‌تواند فصل نوینی را بگشاید؛ فصلی که افراد در آن به محض برخورداری از توان و ظرفیت درک ابتدایی و حداقلی از خطرات قادر خواهند بود که از علاقه و تمایل خود به انجام این عمل غیرضروری خبر بدهند. نمونه دیگری که علاوه بر نمونه مالتی می‌توان بدان اشاره کرد، مثالی از کشور کلمبیاست. اولین تصمیم دادگاه قانون اساسی کلمبیا^۳ که منجر به ایجاد جرقه‌ای ذهن‌سوز در در روایی با پرونده افراد بیناجنسیتی شد به سال ۱۹۹۵ بازمی‌گردد که توله‌سگی آلت تناسلی نوزاد شش‌ماهه صاحب خود را گاز گرفت. پس از انجام معاینات اولیه، پزشکان مدعی شدند که وضعیت پیش‌آمده برای نوزاد به گونه‌ای است که تنها با مدد جنسیت ثبت‌شده در شناسنامه وی، می‌توان به جنسیت وی پی برد و درهم‌ریختگی شکل و ظاهر آلت تناسلی کمکی به تشخیص نخواهد کرد. پس از تشخیص ضرورت انجام عمل جراحی، آنچه از تلاش تیم پزشکان حاصل شد، چیزی نبود جز شکل‌دهی زنانه به آلت جنسی در ابهام و

1. Appelbaum, Paul S., Charles W., Lidz, and Alan Meisel, 2001, "Informed consent: Legal theory and clinical practice", Oxford University Press, p.56.

2. Art. 14(1) of the Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015.

3. Colombian Constitutional Court

از والدین نیز خواسته شد تا تربیت جنسی و جنسیت زنانه‌ای را برای وی در نظر گیرند. داستان اما به همین جا ختم نشد. سال‌ها بعد، زمانی که وی با هویت زنانه‌ای که به او منتسب شده بود، درگیر شد، فهمید که چه اتفاقی افتاده است. سپس با تقدیم درخواستی مبنی بر ادعای نقض حیثیت انسانی و حق او بر تعیین سرنوشت خویش (مندرج در قانون اساسی کلمبیا) و به موجب آمپارو^۱ خواهان رسیدگی به وضع پیش‌آمده خود شد. اظهارات و ملاحظات دادگاه قانون اساسی کلمبیا در رسیدگی به این پرونده چنین بود: با توجه به گزارش کامل پزشکی موجود در پرونده، به هنگام انجام عمل جراحی بر آلت جنسی نوزاد هیچ ضرورت درمانی برای زنانه‌سازی آلت جنسی وجود نداشته، زیرا به گواهی نکات مندرج در گزارش نه تنها مشکلی در دفع ادرار نوزاد به وجود نیامده، بلکه شدت جراحت وارده نیز به میزانی نبوده است که احتمال بروز نقض یا اختلالی در کارویژه جنسی نوزاد را در سال‌های بعدی زندگی‌اش بدهد. از این رو به نظر می‌رسد که پزشک معالج خارج از صلاحیت خود اقدام کرده و صرفاً انجام اقدامات پزشکی و درمانی تا حدی که رفع جراحت حاصل از گازگرفتگی آلت جنسی حاصل بشود، ضروری بوده است.^۲ دادگاه با به چالش کشیدن فوریت رویارویی درمانی در این پرونده، اولین گام را در راستای قانونی کردن منع مداخلات پزشکی حداکثری برای تناورتر کردن دوگانه جنسی برداشت.

نکته جالب توجهی که در دیگر ملاحظه این دادگاه به چشم می‌خورد، ایجاد تفکیکی قابل توجه در صلاحیت والدینی به هنگام تصمیم‌گیری برای کودکان است: اگرچه دادگاه با امکان اعلام و جایگزینی رضایت والدینی با رضایت خود کودک به موقع برخی مداخلات پزشکی که عدم انجام به موقع آنها حیات طفل و یا عملکرد طبیعی و مؤثر بدن وی را با خطر مواجه می‌کند و سن کودک نیز به حدی نیست که توان درک اهمیت آن را داشته باشد، موافق است، اما جایی

۱. در بیشتر نظام‌های حقوقی اسپانیایی زبان جهان، amparo به نهادی حقوقی گفته می‌شود که مثابه ابزاری مؤثر و کم‌هزینه برای صیانت از حقوق فردی شهروندان است. آمپارو که عموماً توسط یک مرجع عالی قضایی یا دادگاه قانون اساسی اعطا می‌شود، از حقوق اساسی شهروندان صیانت کرده و به موقع مواجهه آنان با نقض هریک از حقوق مندرج در قانون اساسی یا دیگر حقوقی که به صراحت در این سند ذکر نشده، اما به موجب آن اصل یا حق، قابل ادعاست، برای افراد این امکان را ایجاد می‌کند که به نام آمپارو، خواهان رسیدگی به درخواستی دربردارنده شکایت از نقض حقی اینچنینی شوند. برای ملاحظه نکاتی جزئی‌تر در این باره، رک:

<https://www.nyulawglobal.org/globalex/Amparo.html> (last accessed 27/09/2019).

Rosenfeld, M. and Sajó, A. eds., 2012. "The Oxford handbook of comparative constitutional law", Oxford University Press.

2. Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 23.10.1995, sentencia T-477/95, §12. (translated in English by Google Translate)

که سخن از شکل‌دهی جنسی کودک بیناجنسیست باشد، چنین رضایتی را فاقد کارایی می‌داند. آنچه بر درخشش هرچه بیشتر ملاحظات و استدلالات مندرج در این رأی می‌افزاید، تصریح دادگاه به این جمله است که «مالکیت فرزندان نه متعلق به والدین آنهاست و نه متعلق به جامعه و سنت‌های نادرست آن که بتواند به مثابه چاهی به هنگام رهایی از چاله تصمیمات والدین، آنان را گرفتار خود کند»^۱.

آنچه رضایت آگاهانه را در عرصه ملاحظات حقوقی پیشروی بیناجنسی‌ها دنبال می‌کند، می‌توان چنین برشمرد: «(۱) ارتقای سطح تضمین خودآئینی و محترم شمرده شدن کرامت فرد؛ (۲) مجهز کردن قوانینی که با شناسایی اصل لزوم رضایت آگاهانه، امکان قانونی اتخاذ تصمیمات آگاهانه، واقعی و خودآئین را به فرد بیناجنسیست می‌دهد؛ (۳) چنین قانونی با ایفای نقش تنظیم‌گری اعمال پزشکی مانعی بر سر راه تلاش‌های فزاینده برای پزشکی‌سازی به مثابه رویکرد رو به رشد در جهان امروز خواهد شد؛ (۴) زیان‌های وارده به افراد آسیب‌دیده از رهگذار دخالت‌های حداکثری پزشکی، تا حد امکان، جبران و متخلفان مسئولیت پیدا خواهند کرد»^۲.

۳.۲. ضرورت درمان؛ مشروعیت‌بخش مداخله پزشکی غیررضایت‌مندان در وضعیت جنسی بینابین

گاه ضرورت درمان که ناشی از بروز شرایط اضطراری است ایجاب می‌کند که پزشک بی‌آنکه رضایت بیمار را کسب کرده باشد، اقدام به درمان او نماید که در این صورت رضایت وی را مفروض می‌انگارند. نباید از نظر دور داشت که منطق حامی این نگاه، صرفاً نجات بیمار از وضعیتی است که جان وی و یا صحت فعالیت‌های ارگان‌های حیاتی بدن او را تهدید می‌کند. «ضرورت» در این معنا و بنا به تعریف دادگاه کالیفرنیا، بروز تغییرات ناگهانی و آشکارا لطمه‌زننده به وضعیت حیاتی بیمار است که در صورت غفلت از انجام اقدامات آنی و متناسب، جان و یا سلامت ارگان‌های حیاتی بدن وی دچار صدمات جبران‌ناپذیر خواهد شد و یا با سرایت به دیگران، وضعیت بحرانی مشابه را نیز بدان‌ها منتقل خواهد کرد و در نتیجه سلامت عمومی دستخوش آسیب خواهد شد»^۳. برای پردازش هرچه دقیق‌تر دومین محدوده شناسایی حقوقی

1. Ibid.

2. Merz, J.F., 1993, "On a decision-making paradigm of medical informed consent", *J Leg Med*, 14: pp 231-264.

3. Ibid, p.76.

بیناجنسیتی‌ها، طرح دو نکته هرچند کوتاه لازم به نظر می‌رسد: یکی درباره دو مفهوم سلامتی و بیماری و دیگری تعیین مراد از «بهبودی»، به مثابه غایت ترسیمی در ارائه خدمات بهداشتی و درمانی که تحقیق حاضر نیز با استخدام وجهی تازه از این مفهوم، آن را در شمار یکی از اهداف شناسایی حقوقی مثبت بیناجنسیتی‌ها قرار می‌دهد.

۳.۲.۱. نگرشی نو به دو مفهوم سلامتی و بیماری

«اگر بیماری را در کل، خروج تن یا موجود زنده از تعادل، هماهنگی قوا و عملکردها و آن چیزی بدانیم که در یک کلام سلامتی‌اش می‌نامیم، و اگر وظیفه پزشک بازگرداندن بیمار به مسیر تعادل یا ایجاد آن تعادل باشد، هیچ بیماری‌ای بیمارگونه‌تر از خود مفهوم بیماری نیست»^۱ بدین ترتیب نیک آشکار می‌شود که علاوه بر واقعیت‌های معرفی‌شده از جانب متخصصان پزشکی، نگرش‌ها و کلیشه‌ها می‌توانند گاه بیماری را بازتولید کنند. از همین روست که موضع «غالب» دادگاه قانون اساسی کلمبیا، عدم حمایت صریح از به تعویق انداختن جراحی‌های کودکان بیناجنسیت است، آن هم به دلیل فرهنگ زیستگاه کودکان که ممکن است مشکلات عدیده اجتماعی برای آنها ایجاد کرده و در نهایت اثری عکس بر رشد روانی آنها داشته باشد. بر همین اساس دادگاه تأکید نموده که ممنوعیت کامل جراحی‌ها، هرچند که از حیث نظری می‌تواند قابل دفاع باشد، اما ممکن است والدین را به سوی انجام درمان‌های غیربیمارستانی و غیرمجاز با خطرات عدیده سوق داده یا حتی با ناامیدشدن از رفع وضع جسمی در ابهام کودک، آنها را مجبور به طرد فرزند خود نماید.

به نظر می‌رسد بتوان تعریف منتخب سازمان جهانی بهداشت از سلامتی را محل توجه قرارداد که به موجب آن: «سلامتی حالت کامل جسمانی، روانی و اجتماعی است و نه صرفاً نبود بیماری یا ناتوانی»^۲ اشاره به نظریه زیست‌شناسانه کریستوفر بورس^۳ با عنوان آمار زیستی بورس درباره بیماری^۴ جالب توجه است. او بیماری را نوعی حالت درونی می‌داند که یا با نقصی در

۱. اسنوس، فردریک، لثارت نوردن فلت و مبیله جروم توسام، *فلسفه و اخلاق زیستی؛ مقالاتی درباره*

فلسفه اخلاق در علوم پزشکی. گردآوری و ترجمه ناصر مؤمنی، تهران: نشر شونند، ۱۳۹۸، صص ۱۰ و ۱۱.

2. World Health Organization. Constitution of the World Health Organisation 1946. Available at: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>.> (last accessed 20/01/2020).

3. Christopher Boorse

4. Boorse bio-statistical theory of disease (BST)

عملکرد طبیعی بدن همراه است یا محدودیتی بر توانایی عملکردی است که توسط عوامل محیطی ایجاد شده است. وی در ادامه و به دنبال این تعریف از بیماری، سلامتی را نیز فقدان بیماری معرفی می‌کند؛ حالتی که در آن ما «نه متحمل درد می‌شویم و نه از اعمال زندگی روزانه منع می‌شویم»^۱.

تلاش‌هایی که به دنبال ضرورت مواجهه پزشکان با بیناجنسیتی‌ها در دهه ۱۸۸۰ و ۱۸۹۰ صورت گرفت، منجر به قائل شدن تمایز جدی میان بیناجنسیتی‌های مستحق مواجهه درمانی از غیر از آنها شد.^۲ چنین انقلاب نگرشی مجال را برای تصمیم‌گیری‌های حقوق بشری درباره بیناجنسیتی‌ها فراهم کرد تا جایی که برای مثال در رأی دوازدهم سپتامبر ۲۰۰۸ لئوناردو کوئیزامبینگ،^۳ قاضی دادگاه عالی فیلیپین و به مناسبت پرونده جنیفر کاگانداهان ۲۷ ساله شاهدیم که به موجب این رأی به وی اجازه داد تا به عنوان یک فرد مبتلا به هایپریلازی غده فوق کلیوی مادرزادی (یکی از علل ایجاد اینترسکشوالیسم) برای انجام هرگونه تغییر و البته زیر نظر مرجع قضایی، در اسناد هویتی خود اقدام کند.^۴ این در حالی بود که با توجه به معاینات تخصصی، هیچ خطری سلامتی کاگانداهان را تهدید نمی‌کرد.

۳.۲.۲. بهزیستی^۵ بیناجنسیتی؛ دغدغه‌ای تازه به جای درمان

ارائه تعریفی سیال از مفهوم بهزیستی برای افراد بیناجنسیت تنها مفردی است که از طریق آن می‌توان با بیولوژی بینابین و جنسیتی که «می‌تواند» به تأسی از این بیولوژی، در وضعیتی بینابین تکوین و معرفی شود، همراه شد؛ همراهی مبارکی که در آن نه تنها خبری از تن دادن به دستکاری‌های پزشکی منتهی به الحاق بیولوژیکی یا گاه جنسیتی نیست، بلکه خودآئینی فرد را نیز در ساحت قابل قبول به نمایش گذارده است و بی‌آنکه جنس و جنسیت سوم را در لیست سیاه شناسایی قرار دهد، وی را به درستی و در موضعی برابر زانو به زانوی انسان‌هایی می‌نشانند که در اسناد اساسی فارغ از رنگ، جنس، نژاد، زبان و ... با هم برابرند.

1. Nordenfelt, Lennart, 2007, "Understanding the concept of health", Strategies for health: An anthology: pp 4-15.

2. Scherpe, J. M., Dutta, A., & Helms, T., 2018, Ibid. p 450.

3. Leonardo Quisambing

4. Available at: <https://www.undp.org/content/dam/philippines/docs/Others/rbap-hhd-2018-legal-gender-recognition-in-the-Philippines> (last accessed 15/10/2019).

5. Well-being

سازمان جهانی بهداشت در تعریف خود از سلامتی، به «نبود بیماری» بسنده نکرده است و بهزیستی آدمی را ملاک توجه قرار می‌دهد. مفهوم بهزیستی علاوه بر اینکه از نبود بیماری جسمی و روانی حکایت می‌کند، «تجربه» شادمانی، رضایتمندی و داشتن معنای زندگی را نیز در شمار ملاک‌های قابل توجه به حساب می‌آورد^۱ و پیام‌آور نکات جالب توجهی برای جای‌گیری هرچه بهتر در چارچوبه شناسایی حقوقی مثبت بیناجنسی‌هاست. بدین منظور که تأمین این شاخص از رهگذار تضمین حقوق بنیادین، عدم ورود آسیب جسمی و جنسی و در گامی فراتر با به رسمیت‌شناختن حق آنان بر تعیین سرنوشت خود همراه خواهد بود؛ زیرا تضمین استحقاق فرد بیناجنسی بر تصمیم خودآئین وی، می‌تواند به منظور تأمین رضایتمندی او از شرکت فعال در فرایند تصمیم‌گیری برای خود او باشد، چونان که بهزیستی نیز از این طریق فراهم می‌شود. بدین ترتیب، دریچه تازه‌ای که تعریف سازمان جهانی بهداشت از سلامتی به روی دنیای بیناجنسی‌ها می‌گشاید، آن است که حمایت از حقوق فردی و کفایت عقلانیت در «تجربه رضایتمندانه» خود فرد بیناجنسی در اولویت توجه است. نگاه به پرونده لئون^۲ در سال ۲۰۱۷ نکاتی جالب توجه را برابر چشمان مخاطب مشتاق به بحث از حدود و ثغور شناسایی حقوقی بیناجنسی‌ها در هلند می‌نماید؛ به دنبال ادعای دادستان درخصوص وضعیت بینابینی لئون، دادگاه لیمبورخ^۳ از متخصصان بیمارستانی در ماستریخت، خواستار معاینه لئون و ارائه گزارشی درباره نتیجه وضعیت جسمی و جنسی وی شد. گزارش ارسالی به دادگاه، حکایت از آن داشت که معاینه کروموزوم‌های لئون، هیچ نشانی قطعی منبئ بر اینکه او فردی اینترسکس است یا نه، به پزشک متخصص نمایاند. پس از آن، دادگاه در تلاشی دیگر و با دعوت از هیئتی متخصص از بیمارستان دانشگاهی شهر نیممخن^۴ هلند، خواستار تحلیل و ارائه نظرات کارشناسی درباره وضعیت لئون شد. پاسخ و نتیجه دریافتی از این هیئت کارشناسی، اختلال در رشد و نمو ارگان‌ها و صفات اولیه و

1. <https://www.psychologytoday.com/us/blog/click-here-happiness/201901/what-is-well-being-definition-types-and-well-being-skills/> (last accessed 01/11/2019).

ارائه تعریفی دقیق، جامع و مانع از بهزیستی همواره محل مناقشه و جدال‌های بسیار بوده و هست، تا جایی که می‌توان گفت اغلب تلاش‌های موجود، بیشتر به دنبال نقد تعریف سازمان جهانی بهداشت از سلامتی متولد شده‌اند. برای ملاحظه توضیحات بیشتر ذیل این نکته، نک:

Dodge, Rachel, Annette P. Daly, Jan Huyton, and Lalage D. Sanders. "The challenge of defining wellbeing." *International journal of wellbeing* 2, no. 3 (2012).

2. Leonne

3. Limburg

4. Nijmegen

ثانویه جنسی را (که تعبیر به اینترسکشوالسم می‌شود) با قطعیت تأیید نکرد و علاوه بر بی‌پاسخ گذاردن قاضی در برابر پرسش از «جنس و فیزیولوژی» لئون، وی را با پرسشی تازه و دشوارتر درباره «هویت جنسیتی» وی مواجه ساخت.

دادگاه در نهایت، علی‌رغم تأکید و تلاش خود بر تصمیم‌گیری بر اساس گواهی معاینات جسمی لئون (که علاوه بر اثبات عدم تعلق او به جنس زنانه و مردانه، پزشکان را از سلامت دستگاه تناسلی وی مطمئن کرده بود و ضرورتی مبنی بر مداخلات درمانی برای آنها مطرح نمی‌کرد) با او به مثابه فردی تراجنسیتی برخورد کرد^۱ و ملاک را تجربه لئون از «جنسیت» قرار داد. به عبارت دیگر، دادگاه نتیجه گرفت که انتساب جنسیت باید براساس «تجربه خود فرد از جنسیت» باشد، نه آنچه که صرفاً جسم او به ما می‌نمایاند. آنچه بر جذابیت بیشتر این رأی اضافه می‌کند، استدلال دادگاه به ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است که به همراه اصول (البته غیر الزام‌آور) یوگیاکارتا^۲ که به کاربرد قوانین بین‌المللی حقوق بشر در حوزه جنس و جنسیت می‌پردازد، هلند را به فراهم کردن بستری برای تجربه‌ای موفق از به‌زیستی که عاری از هرگونه الزام و اجبار بوده و منجر به تکوین خودآئین هویت لئون شود، دعوت می‌کند.^۳

۱. آنچه اشاره بدان خالی از لطف نیست، ناتوانی پزشکان از تشخیص وضعیت دقیق اندام جنسی لئون است که علاوه بر دادن این اطمینان به آنها، که اندام خارجی با هیچ‌کدام از دو نمونه کامل زن و مرد مطابق نیست، متخصصان را در رساندن به سرمنزل یقین از وضعیت اینترسکشوال، ناکام گذارد.

2. The Yogyakarta principles. Available at: <https://yogyakartaprinciples.org/> (last accessed 17/10/2019).

۳. برای ملاحظه جزئیات بیشتر در این باره، رک:

Scherpe, J. M., Dutta, A., & Helms, T, 2018, Ibid. pp 300-301.

نتیجه‌گیری

انسان بیناجنسیت، همانند انسان زن یا مرد، می‌تواند معرف جنسیت و هویتی خودآئین باشد که برمبنای تعریفی که از خود و درکی که از زیست این‌جهانی‌اش دارد، صورت‌بندی شده است؛ جنس و هویت جنسیتی بینابینی که امروزه و به مدد یافته‌های علمی جدید، معلوم شده است که می‌تواند در شمار جنسیت‌های زیسته قرار بگیرد.

شناسایی حقوقی به‌مثابه یکی از انواع گسترده‌ی شناسایی، واکنشی است که یک سر آن به فاعل شناسایی و طرف دیگر آن به موضوع شناسایی یعنی بیناجنسیتی‌ها بازمی‌گردد. این مقاله که از شناسایی حقوقی بیناجنسیتی‌ها در دو ساحت مثبت و منفی حرف می‌زند، بر ضرورت همگامی هر لحظه نظام‌های حقوقی با آنچه یافته‌های علمی و نظری قابل دفاع سایر رشته‌هاست، دست می‌گذارد. در الگوی شناسایی حقوقی منفی باور به تحرک قواعد به موازات تحرک جامعه و نیازهای پیوسته‌ی زایا، در معرض انکار جدی قرار می‌گیرد و الزام الحاق به یکی از دوگانه زن/ مرد سرنوشت محتوم گروه هدف است. اما وجه مثبت از شناسایی حقوقی بیناجنسیتی‌ها که داشتن حق بر تعیین سرنوشت، حق بر تمامیت جسمانی و حق بر آلت جنسی دست‌ناخورده را به مثابه ارکان خود مد نظر دارد، ناظر است بر طبیعتی بینابینی که ارکان حق‌بنیاد سه‌گانه آن از انسانیت، هست‌بودگی و شعور و قوه اختیار و انتخاب انسان بیناجنسیتی صیانت می‌کند. انتخابی که خواه منجر به تن دادن به عمل جراحی الحاق‌کننده به دوگانه زنانه/ مردانه می‌شود (با وجود آگاهی از عواقب سوء آن و اینکه ممکن است ضرورت درمانی وجود نداشته باشد) خواه احتراز از انجام آن. اما آنچه که در ادامه و به دنبال پاسخگویی به پرسش اصلی این نوشتار لازم می‌آمد، پرداختن به محدودیت‌های شناسایی حقوقی مثبت بیناجنسیتی‌ها بود که دو دوعنصر رضایت آگاهانه فرد بیناجنسیت از آنچه قرار است بر او اعمال شود و دیگری ضرورت مواجهه درمانی و دخالت‌های پزشکی است که جز به هنگام تشخیص وجود بیماری مه‌دد حیات جوازی برای آن وجود نخواهد داشت. نیک آشکار است که انضمام و در هم‌تنیدگی این محدودیت‌ها و عناصر حق‌بنیاد شناسایی حقوقی مثبت است که تأمین حقوق در کنار تضمین آنها را به همراه می‌آورد؛ عنصری که بالضروره موجود نیست و تصریح در قوانین و یا اثربخشی آرا و رویه‌هایی که با استدلال به ارکان مؤلف و محدوده‌های شناسایی حقوقی نضج گرفته‌اند، بدان وجهت تضمین‌گری می‌بخشند و حیات آن را در ساحت عمل نیز دنبال می‌کنند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. اسنوس، فردریک، لنارت نوردن فلت و مبیله جروم توسام، *فلسفه و اخلاق زیستی؛ مقالاتی درباره فلسفه اخلاق در علوم پزشکی*، گردآوری و ترجمه ناصر مؤمنی، تهران: نشر شونند، ۱۳۹۸.

پایان‌نامه

۲. صالحی، هادی، «تبارشناسی حقوقی اقلیت‌ها»، رساله دکتری حقوق عمومی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷.

ب) منابع انگلیسی

Books

3. Appelbaum, Paul S., Charles W., Lidz, and Alan Meisel, *"Informed consent: Legal theory and clinical practice"*, Oxford University Press, 2001.
4. Miller, Franklin, and Alan Wertheimer, eds, *"The ethics of consent: theory and practice"*, Oxford University Press, 2010.
5. Rosenfeld, M. and Sajó, A. eds., *"The Oxford handbook of comparative constitutional law"*, Oxford University Press, 2012.
6. Scherpe JM, Dutta A, Helms T, editors. *The legal status of intersex persons*. Intersentia; 2018.
7. van Den Brink M, Dunne P. *Trans and Intersex Equality Rights in Europe-a Comparative Analysis*. Universiteit van Utrecht; 2018.
8. Van den Brink, Marjolein, and Peter Dunne, *"Trans and intersex equality rights in Europe (comparative analysis)"*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.

Articles

9. Davy, Zowie, and Michael Toze, "What is gender dysphoria? a critical systematic narrative review", *Transgender health* 3, No. 1, 2018.

10. Dodge, Rachel, Annette P. Daly, Jan Huyton, and Lalage D. Sanders. "The challenge of defining wellbeing." *International journal of wellbeing* 2, no. 3, 2012.
11. Frances, Allen, "DSM5 in distress", *Psychology today* 23, 2013.
12. Hughes, Ieuan A., Chris Houk, S. Faisal Ahmed, Peter A. Lee, and Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society, "Consensus statement on management of intersex disorders", *Journal of pediatric urology* 2, No. 3, 2006.
13. Hughes, Ieuan A., Chris Houk, S. Faisal Ahmed, Peter A. Lee, and Lawson Wilkins, "Consensus statement on management of intersex disorders", *Journal of pediatric urology* 2, No. 3, 2006.
14. Kraus C. Classifying intersex in DSM-5: Critical reflections on gender dysphoria. *Archives of sexual behavior*. Jul 1;44(5), 2015.
15. Merz, J.F., "On a decision-making paradigm of medical informed consent", *J Leg Med*, 14, 1993.
16. New MI, Tong YK, Yuen T, Jiang P, Pina C, Chan KA, Khattab A, Liao GJ, Yau M, Kim SM, Chiu RW. Noninvasive prenatal diagnosis of congenital adrenal hyperplasia using cell-free fetal DNA in maternal plasma. *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*. 2014.
17. Nordenvall, Anna Skarin, Louise Frisén, Anna Nordenström, Paul Lichtenstein, and Agneta Nordenskjöld, "Population based nationwide study of hypospadias in Sweden, 1973 to 2009: incidence and risk factors", *The Journal of urology* 191, No. 3, 2014.
18. Nordenfelt, Lennart, "Understanding the concept of health", *Strategies for health: An anthology*, 2007.

Cases

19. National Legal Services Authority v. Union of India, 5 S.C.C. 438 (2014).
20. Schloendorff v. Society of New York Hospital, 105 N.E. 92, 211 N.Y. 125, 133 N.Y.S. 1143 (1914).
21. Slater v., Baker & Stapleton, 1767 Eng Rep 95 860 (1767).

Electronic resources

22. European Union Agency for Fundamental Rights, 2015, "The fundamental rights situation of intersex people", available at: <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people>. Accessed February 14, 2019.

23. Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015. Available at: <https://tgeu.org/gender-identity-gender-expression-sex-characteristics-act-malta-2015/>. Accessed March 18, 2019. Article 2, 3, 14(1).
24. Civil Status Act of Germany. Available at: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/10/rs20171010_1bvr201916en.html. Accessed April 26, 2019. Article 21(1) and 22(3).
25. Constitutional Court of Austria (15 June 2018). Available at: https://www.refworld.org/publisher,AUT_FCCA,CASELAW,,,0.html. Accessed February 10, 2019.